

**KAI AMBOS ▪ EZEQUIEL MALARINO ▪ DANIEL R. PASTOR**

DIRECCIÓN

# Prevención e imputación

Acerca de la influencia de las teorías de la pena  
en el Derecho Penal y Procesal Penal

**AUTORES:** KAI AMBOS – FERNANDO J. CÓRDOBA – LEANDRO DIAS  
MARCELO D. LERMAN – KLAUS LÜDERSSSEN – EZEQUIEL MALARINO  
LUCA MARAFIOTI – GUILLERMO ORCE – DANIEL R. PASTOR  
JOSÉ MILTON PERALTA – GABRIEL PÉREZ BARBERÁ – MARCELO A. SANCINETTI  
EUGENIO C. SARRABAYROUSE – MARISA VAZQUEZ – PATRICIA S. ZIFFER



Centro de Estudios de Derecho Penal  
y Procesal Penal Latinoamericano



**hammulafi**

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR



© Copyright by

**editorial hammurabi s.r.l.**

Talcahuano 481 - 4° piso

C 1013AAI - Buenos Aires - Argentina

Tel.: (54-11) 4382-3586 — líneas rotativas —

E-mail: [info@hammurabi.com.ar](mailto:info@hammurabi.com.ar) - [www.hammurabi.com.ar](http://www.hammurabi.com.ar)

- [twitter.com/hammurabi\\_srl](https://twitter.com/hammurabi_srl)
- [facebook.com/libreriahammurabi](https://facebook.com/libreriahammurabi)
- [youtube.com/libreriahammurabi](https://youtube.com/libreriahammurabi)

Producción integral



concept design

de **FERNANDO LUCAS DEPALMA**

Tel.: 4382-2080 (líneas rotativas)

Esta edición se terminó de imprimir

en el mes de septiembre de 2017

en «**Docuprint S.A.**»

Tacuari 123, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723

Derechos reservados

Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

ISBN: 978-950-741-860-0 (rústica)

1122520

**KAI AMBOS - EZEQUIEL MALARINO - DANIEL R. PASTOR** DIRECCIÓN

• **Prevención e imputación**

1ª edición, Buenos Aires, **Hammurabi**, 2017

266 ps., 23 x 16 cm.

ISBN: 978-950-741-860-0

1. Derecho penal. I. Título

CDD 345

• Fecha de catalogación: 5/9/2017

## Índice general

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
<b>ABREVIATURAS</b> .....	17

### 1.

#### **Introducción al proyecto de una ronda de publicaciones en StV: «Prevención e imputación - ¿Imputación orientada a la prevención?»**

KLAUS LÜDERSEN

A — Significación de los fines de la pena .....	19
B — El proyecto de la revista «Strafverteidiger» .....	20
C — «Sistema de la imputación jurídico-penal» .....	20
Bibliografía consultada .....	26

### 2.

#### **Concepto de pena y prevención**

PATRICIA S. ZIFFER

I — Introducción .....	27
II — La vigencia «de lege lata» de las llamadas teorías de la unión .....	30
III — El banco de prueba: el tratamiento de las necesidades de «doble vía» .....	32
a) Reincidencia .....	32
b) La integración de culpabilidad y fines preventivos en el ejemplo de la libertad condicional .....	35
c) La prisión perpetua .....	37
IV — Conclusión: La necesidad de tener claridad con relación a cuál es el fundamento de las injerencias sobre la libertad .....	38
Bibliografía consultada .....	40

**3.****De nuevo sobre la relación  
entre prevención general positiva  
y culpabilidad**

FERNANDO J. CÓRDOBA

-----	43
Bibliografía consultada -----	57

**4.****Análisis de los argumentos  
contra el llamado «renacimiento»  
de la retribución**

MARCELO D. LERMAN

I — La argumentación de Klocke y Müller -----	59
II — Cuestión preliminar: teorías de referencia -----	61
a) La teoría de la pena de Michael Pawlik -----	62
b) La teoría preventiva de la unión de Claus Roxin -----	63
III — Análisis de los argumentos -----	65
a) La referencia al hecho precedente -----	65
b) La cuestión de la medida de la pena -----	67
IV — La prevención general positiva conservadora de la vigencia de la norma -----	70
V — El problema de la medida real de la pena en las teorías retributivas -----	73
VI — Conclusiones -----	74
Bibliografía consultada -----	74

**5.****Problemas de la inclusión de reglas  
de la prevención en la imputación**

GUILLERMO ORCE

I — Introducción -----	77
II — Reglas de comportamiento, reglas de imputación y separación acústica -----	80
a) Modelo económico de las normas de comportamiento -----	81
b) Separación acústica entre reglas de conducta y reglas de atribución -----	81
c) Manipulación teórica del modelo de «homo oeconomicus» -----	83
d) Las reglas de cálculo de la pena como reglas de atribución -----	84
III — Reglas de atribución retrospectivas y reglas de atribución prospectivas. Coherencia e incoherencia con un modelo de norma como incentivo -----	85
IV — Formalización de la irracionalidad y otra forma de su expresión -----	86
Bibliografía consultada -----	88

## 6.

**Prevención, imputación y teorías  
de la pena en la jurisprudencia  
de la Corte Suprema de la Nación  
y en el último Anteproyecto  
de reforma del Código Penal argentino**

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

I — Presentación y objetivos del trabajo .....	91
— La jurisprudencia de la Corte Suprema .....	92
II — El sistema de penas argentino .....	96
a) La pena de muerte .....	98
b) Las sanciones penales a las personas jurídicas .....	99
c) Las sanciones penales a los niños y adolescentes .....	99
III — La medición judicial de la pena .....	100
a) El sistema argentino .....	100
b) Los problemas y sus posibles soluciones .....	101
c) La ejecución de la pena privativa de la libertad .....	103
IV — La jurisprudencia de la Corte Suprema .....	103
a) Condena de ejecución condicional .....	103
b) La reincidencia y su constitucionalidad .....	104
c) Reclusión por tiempo indeterminado como pena accesorio .....	106
d) Régimen penal de menores .....	107
e) Determinación judicial de la pena .....	107
V — El último Anteproyecto de Reforma del Código Penal (ACP) y su sistema de penas ..	109
VI — Conclusiones .....	111
Bibliografía consultada .....	112

## 7.

**Imputación fundada en la prevención  
especial positiva: ¿Criterio funcional  
a la selectividad  
del sistema penal?**

MARISA VAZQUEZ

I — Introducción .....	115
II — La función de los fines .....	116
III — Prevención especial positiva e imputación objetiva .....	117
IV — Sanción y prohibición .....	119
V — Selectividad del sistema penal y prevención especial positiva .....	120
VI — Conclusiones .....	122
Bibliografía consultada .....	122

**8.****La suerte de la teoría de la pena  
en la imputación procesal**

(En tiempos de deformación de los principios básicos  
del enjuiciamiento)

DANIEL R. PASTOR

I — Sustantivo y adjetivo .....	125
II — Pena y proceso .....	131
III — Todo tiene su tiempo .....	135
IV — Justificación de la pena y patología procesal .....	137
Bibliografía consultada .....	140

**9.****Proceso penal preventivo  
desde la perspectiva italiana**

LUCA MARAFIOTI

.....	143
Bibliografía consultada .....	151

**10.****¿Está influida la teoría de la imputación  
por los fines de la pena?**

MARCELO A. SANCINETTI

.....	153
Bibliografía consultada .....	170

**11.****¿Un derecho humano a la pena?  
Reflexiones sobre los alcances  
del llamado derecho a la justicia**

KAI AMBOS - LEANDRO DIAS

I — Introducción .....	173
II — El problema en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	175
III — El derecho a la justicia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	180
IV — ¿Un derecho humano a la pena? .....	185
V — Conclusiones .....	188
Bibliografía consultada .....	190

**12.****«Nemo tenetur» y derecho procesal penal preventivo**

(Acerca de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse)

JOSÉ MILTON PERALTA

I — Introducción .....	195
II — Derecho procesal penal preventivo .....	196
III — «Nemo tenetur» en clave preventiva .....	199
a) «Nemo tenetur» y evitación de delitos independientes .....	199
b) «Nemo tenetur» y prevención de delitos dependientes .....	201
1. Protección a los imputados inocentes de sus propias declaraciones .....	202
2. No debilitar la veracidad de la declaración de los inocentes .....	205
3. Evitar condenas con prueba insuficiente .....	208
IV — Amplitud de un «nemo tenetur» en clave preventiva .....	210
a) Posibles distinciones .....	211
b) «Nemo tenetur» como derecho a no realizar aportes de carácter testifical .....	213
V — Conclusión .....	215
Bibliografía consultada .....	216
Referencias jurisprudenciales .....	218

**13.****Pena e imputación**

Ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada:  
hacia una reconstrucción inferencial  
del concepto de dolo

GABRIEL PÉREZ BARBERÁ

I — Introducción. Planteo del problema .....	219
II — Principales inconsistencias entre merecimiento de pena e imputación subjetiva .....	222
III — Dolo como imprudencia calificada .....	224
a) Posibilidad de evitación como parámetro de la capacidad de acción en el ilícito .....	225
b) Una reconstrucción inferencial de la capacidad de acción .....	227
IV — La corrección moral de las consecuencias de la tesis aquí defendida .....	232
V — ¿Mera cuestión de prueba? Un concepto de dolo adecuado a la praxis probatoria .....	236
VI — ¿Ilegitimidad del concepto de dolo propuesto? Liberalismo y derecho penal .....	237
VII — ¿Hay realmente casos de ceguera ante los hechos? El aporte y el problema de la «ignorancia deliberada» .....	239
VIII — ¿Déficit moral del autor como fundamento de la imputación por dolo? .....	241
IX — Conclusión .....	243
Bibliografía consultada .....	244

**14.****Sobre el descuido de la prevención  
en la distribución del error en el juicio penal**

EZEQUIEL MALARINO

-----	247
Bibliografía consultada -----	259